Urteilskopf

111 II 366

71. Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. Dezember 1985 i.S. I. gegen F. (Berufung)
Regeste (de):
Art. 415 und 417 OR. Doppelmäkelei. Höhe der Provision.

1. Das gleichzeitige Tätigwerden des Mäklers für Käufer und Verkäufer widerspricht jedenfalls dann nicht Treu und Glauben i.S. von Art. 415 OR, wenn der Mäkler nichts anderes unternimmt, als beiden Parteien die Möglichkeit eines Vertrags mit der Gegenseite anzuzeigen (E. 1).

2. Eine Pflicht des Mäklers, den Auftraggeber über seine Doppelstellung aufzuklären, besteht nur in Fällen, in denen die Zulässigkeit der Doppelmäkelei zweifelhaft ist (E. 2).

3. Art. 417 OR ist zwingendes Recht; Verzicht auf die Herabsetzung eines unverhältnismässig hohen Mäklerlohnes ist deshalb nicht möglich (E. 3a).

4. Ob ein Mäklerlohn unverhältnismässig hoch ist, beurteilt sich nach der Summe der einem Doppelmäkler versprochenen Löhne (E. 3b); der Gesamtbetrag ist nach den Ansätzen zu ermitteln, die angemessen wären, wenn der Mäkler nur für eine Partei tätig geworden wäre (E. 3c).

Regeste (fr):
Art. 415 et 417 CO. Courtage pour le compte des deux parties, montant de la provision.

1. Le courtier qui agit simultanément pour le compte de l'acheteur et pour celui du vendeur ne contrevient en tout cas pas aux règles de la bonne foi, au sens de l'art. 415 CO, lorsqu'il se borne à indiquer à chacune des parties l'occasion de conclure un contrat avec l'autre (consid. 1).

2. Le courtier n'est tenu de renseigner le mandant sur sa double activité que dans les cas où l'admissibilité de celle-ci est douteuse (consid. 2).

3. L'art. 417 CO étant de droit impératif, il ne peut être renoncé valablement à la réduction d'un salaire excessif (consid. 3a).

4. Pour juger du caractère excessif d'un salaire, il faut additionner les salaires promis au courtier qui a agi pour le compte des deux parties (consid. 3b); la rémunération convenable doit être déterminée selon les mêmes critères que ceux qui auraient été applicables si le courtier n'avait agi que pour une partie (consid. 3c).

Regesto (it):
Art. 415 e 417 CO. Mediazione per conto delle due parti, ammontare della mercede.

1. Il mediatore che agisce simultaneamente per conto del compratore e per quello del venditore non viola in alcun caso le norme della buona fede, ai sensi dell'art. 415 CO, ove si limiti ad indicare a ognuna delle parti l'occasione di concludere un contratto con l'altra (consid. 1).

2. Il mediatore è tenuto ad informare il mandante della sua duplice attività soltanto se l'ammissibilità di quest'ultima è dubbia (consid. 2).

3. L'art. 417 CO è una norma di diritto imperativo; non può quindi essere rinunciato validamente alla riduzione di una mercede eccessiva (consid. 3a).

4. Per giudicare sul carattere eccessivo di una mercede, occorre addizionare le mercedi promesse al mediatore che ha agito per conto delle due parti (consid. 3b); la giusta misura dell'importo complessivo va determinata alla stregua dei parametri che sarebbero stati applicabili nel caso in cui il mediatore avesse agito nell'interesse di una sola parte (consid. 3c).

Sachverhalt ab Seite 367

BGE 111 II 366 S. 367

A.- Mit schriftlicher Vereinbarung vom 29. März 1983 verpflichtete sich I., dem F. Fr. 30'000.– zu bezahlen, wenn ihm F. den Kauf einer Liegenschaft in Zürich vermittle. Der Betrag sollte bei der Beurkundung des Kaufvertrags bar bezahlt werden. Die Vereinbarung schloss jede Einrede aus, insbesondere solche nach Art. 412 ff. OR. Am 30. März 1983 liess sich F. vom Verkäufer der Liegenschaft V. eine Mäklerprovision von Fr. 40'000.– versprechen, die ebenfalls bei der Beurkundung bar zu zahlen war. Diese Vereinbarung schloss Einreden nicht aus. Am 5. April 1983 wurde der Kaufvertrag zwischen V. und I. beurkundet. V. bezahlte F. die Fr. 40'000.–, während I. die Zahlung der Provision verweigerte.

B.- F. betrieb I. und erhielt provisorische Rechtsöffnung für Fr. 30'000.– nebst Zins, worauf I. gegen F. beim Amtsgericht Luzern-Stadt erfolglos auf Aberkennung klagte. Gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern, das den erstinstanzlichen Entscheid bestätigte, hat der Kläger Berufung eingereicht. Das Bundesgericht heisst teilweise gut, hebt das Urteil des Obergerichts auf und weist die Sache zur Neubeurteilung im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurück.

Erwägungen

Erwägungen:

1. Der Kläger wirft dem Obergericht vor, es habe entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 415 OR die Doppelmäkelei als zulässig erachtet. BGE 35 II 63, auf den die Vorinstanz hinweise,

BGE 111 II 366 S. 368

sei überholt. Das angefochtene Urteil widerspreche BGE 110 II 276. Mit dem vereinbarten Einredeverzicht habe der Beklagte beim Kläger den Anschein erweckt, er erhalte vom Verkäufer keine Provision. a) Art. 415 OR verbietet dem Mäkler, sich von beiden Seiten Lohn versprechen zu lassen, wenn dies entweder dem Mäklervertrag oder Treu und Glauben widerspricht. Der Wortlaut dieser Bestimmung schliesst demnach nicht jede Doppelmäkelei aus, sondern lässt sie innerhalb gewisser Schranken zu. Die Vereinbarung vom 29. März 1983 enthält keine Bestimmung, die der Doppelmäkelei entgegenstünde. Aus dem Verzicht auf Einreden kann der Kläger nichts für sich ableiten. Als Präsident zahlreicher Baugenossenschaften kannte er sich, wie das Obergericht feststellt, im Immobiliengeschäft bestens aus und musste damit rechnen, dass der Beklagte mit der streitigen Klausel die Möglichkeit absichern wollte, auch für den Verkäufer tätig zu werden. Somit bleibt zu

prüfen, ob das Verhalten des Beklagten Treu und Glauben widersprach. b)BGE 35 II 63 ist nicht durch BGE 110 II 276 überholt. Die
Sachverhalte unterscheiden sich grundlegend. Im zweiten Entscheid hatte der Mäkler nicht nur eine Gelegenheit zum Verkauf nachzuweisen, sondern auch bei den Vertragsverhandlungen mitzuwirken und dabei die Interessen seines Auftraggebers zu wahren (BGE 110 II 277 E. 2a). Demgegenüber beschränkte sich die Tätigkeit des Mäklers im ersten Entscheid darauf, ein vom Käufer zum voraus festgesetztes Kaufsangebot dem Verkäufer zu unterbreiten und ihn zu dessen Annahme zu bewegen; da es dem Mäkler nicht oblag, für Käufer und Verkäufer mit ihren entgegengesetzten Interessen möglichst günstige Vertragsbedingungen zu erzielen, wurde das gleichzeitige Tätigwerden für beide Parteien mangels Interessenkollision als mit Trau und Glauben vereinbar erachtet (BGE 35 II 66 f.). Dass die Doppelmäkelei unter dem Vorbehalt der Interessenkollision vor Art. 415 OR standhält, wird auch in der Literatur anerkannt (GAUTSCHI, N. 2c-f zu Art. 415 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 3 zu Art. 415 OR; HOFSTETTER, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, S. 131; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 478). Ob an der angeführten Rechtsprechung in jeder Hinsicht festgehalten werden kann oder ob die Zulässigkeit der Doppelmäkelei auf die reine Nachweismäkelei einzuschränken ist, bei der der Mäkler für beide Parteien nichts anderes unternimmt, als ihnen die

Möglichkeit eines Vertrags mit der Gegenseite anzuzeigen, kann hier offen bleiben. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz hat der Kläger den Kaufpreis unmittelbar mit V. ausgehandelt. Demnach handelt es sich vorliegendenfalls im Unterschied zum Sachverhalt von BGE 110 II 276 ausschliesslich um Nachweismäkelei. Dass in der Vereinbarung vom 29. März 1983 von Vermittlung die Rede ist, ändert daran nichts. Entscheidend ist, was der Beklagte tatsächlich unternommen hat.

2. Weiter beruft sich der Kläger auf Nichtigkeit der Vereinbarung wegen Sittenwidrigkeit (Art. 20 OR); gegen die guten Sitten verstosse insbesondere, dass der Beklagte die von V. geschuldete Provision böswillig verschwiegen habe. Nachdem die Zulässigkeit der Doppelmäkelei feststeht, kann von Sittenwidrigkeit nicht die Rede sein. Eine Pflicht des Mäklers, den Auftraggeber über seine Doppelstellung aufzuklären, besteht nur in Fällen, in denen die Zulässigkeit zweifelhaft ist (GAUTSCHI, N. 2h zu Art. 415 OR).

3. Schliesslich wendet der Kläger ein, sittenwidrig sei auch die Höhe der Provision von insgesamt Fr. 70'000.–. Ein Ansatz von 4,8% sei bei einem Kaufpreis von 1,45 Millionen Franken weit übersetzt; die Mäklerprovision dürfe höchstens 1 bis 1,5% betragen. a) Ist für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Grundstückkaufs ein unverhältnismässig hoher Mäklerlohn vereinbart worden, so kann ihn der Richter auf Antrag des Schuldners auf einen angemessenen Betrag herabsetzen (Art. 417 OR). Der Kläger beruft sich nicht ausdrücklich auf diese Bestimmung, was ihm jedoch nicht schadet, da der Richter das Bundesrecht von Amtes wegen anzuwenden hat (BGE 98 II 250 oben, BGE 95 II 252 E. 3 und 610 E. 2 mit Hinweisen). Der Kläger verlangt auch nicht ausdrücklich eine angemessene Herabsetzung; in seinem Begehren auf vollständige Aberkennung ist jedoch der Antrag auf Herabsetzung eingeschlossen (BGE 99 II 180 E. 2, BGE 83 II 152 E. 4a; vgl. auch BGE 109 II 122 E. 2b zur Herabsetzung einer Konventionalstrafe). Zu prüfen bleibt, ob die Anwendung von Art. 417 OR daran scheitert, dass der Kläger ausdrücklich auf Einreden gemäss Art. 412 ff. OR verzichtet hat. Im Entscheid 83 II 152 E. 4a fand das Bundesgericht, Art. 417 OR sei auch im öffentlichen Interesse aufgestellt worden. Diese Bestimmung ziele vor allem darauf, ungerechtfertigte Gewinne zu verhindern, die unerwünschte Auswirkungen auf den Liegenschaftsmarkt

hätten. In BGE 88 II 513 E. 3b wurde die Bestimmung ausdrücklich als zwingend bezeichnet. Folglich konnte der Kläger nicht gültig auf die Einrede aus Art. 417 OR verzichten, weshalb die Frage der Herabsetzung zu prüfen ist. b) Das Obergericht würdigt die vom Verkäufer und vom Käufer dem gleichen Mäkler versprochene Provision getrennt. So kommt es zum Schluss, dass Fr. 30'000.– bloss ca. 2% und Fr. 40'000.– 2,8% des Kaufpreises ausmachten, was bei einem branchenüblichen Provisionssatz von ca. 2% angehe. Diese Betrachtungsweise entspricht zwar auch bei der Doppelmäkelei herrschender Auffassung (GAUTSCHI, N. 2d zu Art. 415 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 7 zu Art. 417 OR). Begründet wird sie unter Hinweis auf BGE 35 II 66 f. damit, die zulässige Doppelmäkelei zeichne sich gerade dadurch aus, dass sie den Interessen beider Vertragsparteien gerecht werde. Diese Begründung wird aber Art. 417 OR nicht gerecht. Richtig daran ist nur, dass der für zwei Parteien tätige Nachweismäkler beiden Seiten gegenüber seine vertraglichen Pflichten erfüllt. Daraus folgt aber nicht zwingend ein Anspruch auf zwei volle Mäklerlöhne, schliesst doch auch das Versprechen eines nur für eine Partei tätigen Nachweismäklers die Pflicht ein, einen Vertragspartner zu suchen. Ebensowenig gebietet der Wortlaut von Art. 417 OR, den Doppelmäkler zu begünstigen. Der Zweck der Vorschrift verlangt vielmehr, sämtliche Vorteile zu berücksichtigen, die einem Doppelmäkler aus einem Geschäft zufliessen; die Summe aller Mäklerlöhne ist es, welche die Preise auf dem Liegenschaftsmarkt in die Höhe treibt, mögen die Teilbeträge für sich allein betrachtet und mit dem Kaufpreis in Beziehung gesetzt noch so unbedeutend erscheinen. Vorliegend ist somit zu prüfen, ob eine Provision von 4,8% bei einem Kaufpreis von Fr. 1,45 Millionen einen unverhältnismässig hohen Mäklerlohn im Sinne von Art. 417 OR darstellt. c) Die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ermöglichen dem Bundesgericht keine eigene neue Entscheidung. Die Sache ist deshalb zur Ergänzung des Sachverhalts an das Obergericht zurückzuweisen (Art. 64 Abs. 1 OG). Als erstes werden die ortsüblichen Ansätze zu ermitteln sein. Dann gilt es, auf dieser Grundlage den noch angemessenen Mäklerlohn festzusetzen. Dabei wird die Vorinstanz neben dem Kaufpreis der Tatsache Rechnung tragen müssen, dass Doppelmäkelei, wie in E. 1 dargelegt, im Hinblick auf die Gefahr der Interessenkollision nur in sehr engem Rahmen zulässig ist, nämlich in der Regel

nur in der Form der Nachweismäkelei, ohne dass der Mäkler darüber hinaus wesentlich für den Käufer oder Verkäufer tätig geworden ist. Deshalb ist von Ansätzen auszugehen, die beim Tätigwerden für nur eine Partei angemessen sind. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich, dass bei allerdings weit niedrigeren Kaufpreisen ein Ansatz von 2% Provision als üblich betrachtet wurde (BGE 88 II 511 ff.: nach der unveröffentlichten E. 2 dieses Entscheides sind in Genf 2-3% Provision bei einem Kaufpreis von Fr. 200'000.– üblich; BGE 83 II 151 ff., BGE 61 II 80 ff.). Gekürzt wurde im zweiten und dritten Entscheid auf 3 1/3% von Fr. 180'000.– bzw. auf 1/2% von Fr. 200'000.–, wobei im letzten Fall entscheidend war, dass die Tätigkeit eines von mehreren Mäklern nur teilweise zum Erfolg beigetragen hatte. Schliesslich wird die Vorinstanz beachten müssen, dass V. die Fr. 40'000.– bereits bezahlt hat. Es ist möglich, dass auch V. vom Beklagten einen Teil dieses Betrags gestützt auf Art. 417 OR zurückfordern wird. Die Zahlung schlösse die Herabsetzung nur aus, wenn V. die Fr. 40'000.– vorbehaltlos und in Kenntnis von Art. 417 OR geleistet hätte (BGE 88 II 513 E. 3b). Folglich könnte der Kläger nicht in den Genuss der gesamten Herabsetzung kommen, die auf den Fr. 70'000.– vorgenommen würde. Damit das Verhältnis unter den vertraglich verabredeten Teilbeträgen von 3:4 aufrechterhalten bleibt, ist der als angemessen erachtete Gesamtbetrag der Provisionen zu drei Siebteln vom Kläger geschuldet.